

El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos

Patricia Laurenzo Copello*

RESUMEN

Las más recientes legislaciones penales de los países hegemónicos en materia de inmigración reflejan una política criminal hipócrita, pues aunque aparentan contener un discurso preocupado por los derechos de los ciudadanos extranjeros, su objetivo no es otro que el de interponer más obstáculos a quienes pretenden ingresar irregularmente a su territorio, a la vez que implantar una política de exclusión social y discriminación dirigida a los no ciudadanos. Esto se consigue difundiendo la mirada colonial del inmigrante-víctima; imaginario etnocéntrico que intenta presentar a los inmigrantes como seres desvalidos e ignorantes, involuntariamente atrapados en las malvadas redes del tráfico de personas. Debe emprenderse, por tanto, una crítica externa a este discurso encubridor que, haciendo aparecer como explotación todo movimiento clandestino de inmigrantes, subordina al Derecho penal a las políticas de control de los flujos migratorios.

* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

ABSTRACT

The most recent penal legislations of the hegemonic countries in the matter of immigration bring with themselves a hypocritical criminal policy, since, despite they pretend to contain a speech worried about the rights of the foreign citizens, their purpose is not other than to insert more obstacles to those who pretend to enter irregularly in their territory, meanwhile they implant a policy of social exclusion and discrimination directed to the non-citizen ones. This is achieved spreading the colonial view of the immigrant-victim; ethnocentric imaginarium that try to present the immigrants like helpless and ignorant beings, involuntarily caught in the wicked networks of the trafficking in persons. It must be undertaken, therefore, an external critic to this concealing speech that, making appear as exploitation all clandestine movement of immigrants, subordinates the penal Law to the policies of control of the migratory flows.

PALABRAS CLAVE

Inmigración ilegal o clandestina; victimización del inmigrante; políticas de exclusión social; tráfico de personas; políticas de limitación de flujos migratorios.

SUMARIO

A. HIPÓTESIS DE PARTIDA; B. UNA VISIÓN COLONIALISTA DE LA INMIGRACIÓN: LA IMAGEN DEL INMIGRANTE-VÍCTIMA; C. LA VOLUNTAD DE EMIGRAR: UNA NOTA ESENCIAL DE LAS MIGRACIONES DE NUESTROS DÍAS; D. LA VICTIMIZACIÓN DEL INMIGRANTE COMO COARTADA PARA LAS POLÍTICAS DE EXCLUSIÓN; E. UN CAMBIO NECESARIO: PROPUESTA DE REESTRUCTURACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS.

A. Hipótesis de partida

Cuando en el año 2000 se introdujo en el Código penal español el primer delito de tráfico de personas¹ me pareció necesario apoyar una figura que, al menos en apariencia, ponía de manifiesto el interés del ordenamiento jurídico por proteger a quienes, desafiando la clandestinidad y corriendo no pocos riesgos, se aventuran a dejar sus países de origen en busca de mejores condiciones de vida. Pese a que no era tarea fácil, la primera redacción del art. 318 bis no cerraba las puertas a una interpretación restrictiva capaz de situar la finalidad del precepto en la tutela de la integridad moral de los inmigrantes –o al menos eso me pareció en aquel momento-². Dado que el núcleo del tipo básico giraba exclusivamente en torno al tráfico ilegal de personas, cabía la posibilidad de optar por un concepto restringido de tráfico que, en lugar de identificarlo con cualquier movimiento o desplazamiento de personas, lo redujera a las operaciones de intermediación en el traslado de inmigrantes lesivas de la dignidad humana³. Con esta interpretación resultaba posible limitar el ámbito de prohibición penal a las conductas de traslado clandestino que por sus características intrínsecas implican una degradación de los ciudadanos extranjeros, dejando al margen del sistema punitivo los actos de colaboración altruista y las tareas de apoyo efectuadas en el contexto de las redes de solidaridad que se establecen entre los propios inmigrantes o sus familiares para sortear los múltiples obstáculos legales de los países de destino.

¹ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introdujo en el Código Penal el Título XV bis, relativo a los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, cuyo único precepto –el art. 318 bis–, que en su redacción inicial amenazaba con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

² LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 12, Madrid, UNED, 2003, pp. 63-93. También en esta línea, DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 248-252.

³ LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, cit., pp.77 y 91.

Sin embargo, la reforma de 2003⁴ vino a truncar esa posibilidad al extender el tipo básico del art. 418 bis a todas las conductas que supongan “promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”. Con la referencia a la inmigración clandestina como alternativa al tráfico, la legislación española se adscribió a la corriente más estricta que pretende poner bajo pena prácticamente cualquier comportamiento que implique facilitar el ingreso irregular de inmigrantes al territorio nacional con independencia de que tales actos afecten o no los derechos de los ciudadanos extranjeros, convirtiendo así al Derecho penal en brazo ejecutor de una política migratoria represiva y excluyente⁵.

A partir de ese momento quedó claro que la mejor forma de contribuir al reconocimiento de los derechos de los inmigrantes en condiciones de

⁴ La intervención penal en materia de extranjería se intensificó notablemente con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de “medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”. Aunque se intentó justificar el notable avance punitivo como una forma de reforzar la tutela de los ciudadanos extranjeros, lo cierto es que se buscaba criminalizar todo el entorno del inmigrante para dificultar al máximo sus posibilidades de éxito en el intento de cruzar las fronteras de modo irregular. Así lo demuestra la desmedida ampliación del tipo básico del art. 318 bis, el incremento desmesurado de las penas –el límite mínimo de la pena básica se sitúa ahora nada menos que en los cuatro años de prisión– y la sustancial reforma de la figura de la expulsión del extranjero como sustitutivo de las penas privativas de libertad, que busca deshacerse a toda costa de cuanto extranjero sin papeles infrinja las leyes penales del Estado español. Sobre el contenido inocuidador y de exclusión social que representa la medida de expulsión, véanse ASÚA BATARRITA, ADELA. *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración*, en LAURENZO COPELLO, PATRICIA (coord.), *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 54-57; MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en *Libro Homenaje a Luis Portero García*, Granada, Universidad de Granada, 2001, p. 513. El propio Tribunal Supremo reconoció el exceso que suponía la expulsión automática de los extranjeros en una sentencia por demás polémica. Ampliamente al respecto, DURÁN SECO, ISABEL, “El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-2004)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 15, Madrid, UNED, 2005, pp.307-353.

⁵ Así lo expresé en LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 50, Madrid, 2004, pp.30-35.

igualdad y respeto recíproco ya no pasaba por la búsqueda de interpretaciones más o menos originales destinadas a “salvar” el artículo 318 bis, sino por una crítica externa dirigida a poner al descubierto las claves de la política de exclusión social que se oculta detrás de un discurso aparentemente preocupado por los derechos de los ciudadanos extranjeros⁶.

Con ese fin pretendo reflexionar a continuación sobre una idea que, a mi modo de ver, permite descubrir la hipocresía de la política criminal europea⁷ –y, en general, de los países receptores de población extranjera– en materia de inmigración. Me refiero a la imagen victimizada que desde las instancias de poder –incluidos los medios de comunicación– se ofrece de los inmigrantes que llegan a Europa de forma irregular, a los que se presenta en bloque como seres desvalidos, ignorantes y miserables, manipulados a su antojo por oscuras redes de tráfico. Una imagen que, como se verá, lejos de contribuir al reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad, constituye una estrategia de los países receptores para consolidar, sin coste alguno, una política migratoria discriminadora y excluyente.

Ese enfoque trafiquista, basado en la falsa identificación de todo movimiento clandestino de migrantes con explotación, es la principal coartada de los países hegemónicos para incluir al Derecho penal en la estrategia global de cierre de fronteras sin exponerse a la crítica de estar abusando del ordenamiento punitivo para reforzar las normas administrativas sobre extranjería⁸. Solo la previa construcción de una imagen victimizada de los inmigrantes, a los que se despoja de capacidad de decisión propia y se reduce a la condición genérica de seres vulnerables e infantiloides necesitados de la guía de terceros, permite ocultar la incongruencia de una política criminal que, con la excusa de tutelar los derechos de los ciudadanos

⁶ Así, con razón, CANCIO MELIÁ, MANUEL Y MARAVER GÓMEZ, MARIO, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA Y CANCIO MELIÁ, MANUEL (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp.375-376. También MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La inmigración como delito*, Barcelona, Atelier, 2007, pp.65-67.

⁷ En general, sobre la agenda oculta de las recientes reformas penales en España, véase el lúcido trabajo de MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA. *La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales*, en prensa.

⁸ PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL, en GARCÍA ARÁN, MERCEDES (coord.) *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, Comares, 2006, p.162; RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp.55-56.

extranjeros, se dirige a aumentar los obstáculos para que éstos alcancen su fin más deseado: la entrada en territorio comunitario.

B. Una visión colonialista de la inmigración: la imagen del inmigrante-víctima

El inseparable binomio “inmigrante-víctima” que hoy domina el imaginario colectivo de los países desarrollados responde a una mirada colonial⁹, fruto del convencimiento de la superioridad cultural de occidente y de su consecuente legitimación para juzgar la conducta de otros a partir de unos valores a los que previamente, y de manera inapelable, se atribuye el carácter de universales¹⁰.

Como bien se señala desde posiciones multiculturalistas, si algo ha contribuido a generar una imagen estereotipada y despectiva de las personas provenientes de otros ámbitos territoriales es el intento de presentar como cultura global lo que no es más que “un localismo globalizado”, entendido como el “proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas”¹¹. No otra cosa sucede cuando desde los países de destino se observa en bloque a los inmigrantes llegados del tercer mundo como “menores legales”¹², como personas que al no haber alcanzado en sus propios países los derechos y privilegios característicos de las sociedades industrializadas, han de ser protegidas y asistidas como si de menores

⁹ DOEZEMA, JO, “¡A crecer! La infantilización de las mujeres en los debates sobre tráfico de mujeres”, en OSBORNE VERDUGO, RAQUEL MARÍA (coord.), *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XX*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2004, p.158; AGUSTÍN, LAURA MARÍA . *Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios*, San Sebastián, Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa, pp. 43 y ss.

¹⁰ Una visión de la que no escapan los Derechos Fundamentales, claramente enraizados en la cultura occidental. Sobre el fundamento de los Derechos Fundamentales y los problemas que surgen al confrontarlos con otras culturas, PITCH, TAMAR. *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 6 y ss.

¹¹ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 277.

¹² DOEZEMA, JO, “¡A crecer! La infantilización de las mujeres en los debates sobre tráfico de mujeres”, cit., p. 158.

se tratara. Esa mirada condescendiente¹³, presente incluso en posiciones supuestamente progresistas, no puede ocultar un trasfondo de desprecio hacia los inmigrantes que se traduce en su identificación con seres desvalidos, desesperados, incapaces de velar por sus propios intereses.

La infantilización del grupo social de los inmigrantes impide que su interacción con los nacionales se plantee en términos de reciprocidad y respeto mutuo. Imperan, por el contrario, las relaciones asimétricas de necesidad-asistencia. Primero se construye la imagen del inmigrante débil y necesitado –víctima, al fin y al cabo- y luego se gestiona su presencia en territorio comunitario sobre esas bases estereotipadas que lo condenan a la discriminación y la subordinación social¹⁴. Una situación que se institucionaliza a través de las legislaciones sobre extranjería que al reconocer a los inmigrantes sólo un número muy limitado de derechos -siempre condicionados a las necesidades del mercado y a la utilidad de los extranjeros en términos de contribución material¹⁵- exteriorizan su condición de ajenos, de extraños, dando lugar así a su percepción social como infrasujetos, “infraciudadanos”¹⁶ o, si se prefiere, como “no personas” o “subpersonas”, en el sentido de individuos excluidos de todo

¹³ Mirada “paternalista” la llama con razón DE LUCAS, frente a la mirada “cínica” que observa a los extranjeros como un problema, como una amenaza a contrarrestar; DE LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER, “Nuevas estrategias de estigmatización: El Derecho, frente a los inmigrantes”, en PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO (coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, 2005, p. 218.

¹⁴ DE LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER, “Nuevas estrategias de estigmatización: El Derecho, frente a los inmigrantes”, cit., p. 215.

¹⁵ La estrategia de los países hegemónicos pasa por condicionar el reconocimiento de derechos a los extranjeros a las necesidades propias del Estado de destino: derechos laborales y sociales a cambio de trabajo; políticas de cupos con preferencia a los inmigrantes más cercanos culturalmente al país de destino; concesión graciosa de ciertas prerrogativas –permiso temporal de residencia, derechos asistenciales...- a cambio de colaboración con la justicia. En suma, derechos a cambio de contribución, una fórmula muy poco adecuada al contenido “social” de los Estados europeos. MESTRE, RUTH, “Las caras de la prostitución en el Estado español: entre la Ley de Extranjería y el Código Penal”, en *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, cit. pp. 256-261.

¹⁶ DE LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER, “Nuevas estrategias de estigmatización: El Derecho, frente a los inmigrantes”, cit., pp. 214-215.

reconocimiento o, en su caso, discriminados en la interacción social¹⁷.

Esa misma legislación que discrimina a los extranjeros –incluso a quienes están regularizados– al reservarles un régimen jurídico restrictivo de derechos que los distingue y separa de los nacionales¹⁸, sirve como punto de apoyo para una visión reduccionista que aúna a todos los inmigrantes bajo una serie de características negadoras o excluyentes¹⁹: no nacionales, extracomunitarios²⁰, ilegales, clandestinos. En suma, ajenos a la sociedad en la que viven.

Esa consideración de los extranjeros –de cierta clase de extranjeros²¹–

¹⁷ DAL LAGO, ALESSANDRO, "Personas y no-personas", en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 131; también DE GIORGI, ALESSANDRO, *Tolerancia Cero: Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Barcelona, Virus, 2005, p. 42.

¹⁸ Los sistemas democráticos de las sociedades europeas no han conseguido evitar la existencia de un doble régimen jurídico en función de la condición de "incluidos" o "excluidos" de sus destinatarios. DAL LAGO, ALESSANDRO, "Personas y no-personas", cit., p. 138. Un doble rasero que encuentra su explicación en la identificación de la plenitud de derechos con la condición de "ciudadano" propia de un Estado-nación. Sobre la ciudadanía como factor de exclusión y discriminación, FERRAJOLI, LUIGI, "De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona", en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 246. Con razón se ha dicho que, actualmente, los derechos se encuentran "encerrados" dentro del Estado-nación de Derecho – DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO, "Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural", en ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER ET AL., (coords.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 185-. De ahí que cada vez con mayor insistencia se reclame el reconocimiento de derechos políticos para los inmigrantes como presupuesto indispensable para la construcción de una auténtica sociedad multicultural basada en el respeto mutuo y la igualdad. Véase DE LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER, "Nuevas estrategias de estigmatización: El Derecho, frente a los inmigrantes", cit., p. 216.

¹⁹ DAL LAGO, ALESSANDRO, "Personas y no-personas", cit., p. 130.

²⁰ Como bien dice BODEI, REMO –"Los sin patria", en *Identidades comunitarias y democracia*, cit., p. 159– incluso la visión positiva del "Otro", como alguien con quien se debe dialogar y no solo tolerar, conserva un fondo de miedo y desconfianza que se expresa en el propio término elegido para referirnos a ellos: los "extracomunitarios", entendido en el fondo no solo como el que "está fuera de la Comunidad Europea, sino de (la comunidad) en la que efectivamente vive".

²¹ No todos los extranjeros reciben el mismo trato jurídico ni la misma valoración social en los Estados receptores de inmigración. Son los emigrados provenientes de los países periféricos quienes han de soportar ese trato a la vez paternalista

como el “otro”, el extraño, convierte al inmigrante en un ente metafísico, en una categoría única que prescinde de la inmensa variedad cultural e histórica característica de los movimientos migratorios de nuestra época. Ya no se habla de los inmigrantes, en plural, sino de “el inmigrante” como ente abstracto. A partir de ahí, el agrupamiento inicial de un colectivo de personas sobre la base común de su no pertenencia a la comunidad política de acogida - es decir, por su condición de “no nacionales”-, da paso en el imaginario social a una homogenización mucho mayor, a un reduccionismo cultural²² que acaba en la falsa unificación de todos los inmigrantes también desde la perspectiva de sus formas de vida, costumbres, religión, etc.

Una simplificación que no sólo responde al desconocimiento de las culturas ajenas y a la falta de interés por descubrirlas²³ sino, sobre todo, a una mirada etnocéntrica que observa todo lo ajeno como inferior²⁴, atrasado o sencillamente primitivo²⁵. La validez universal que la sociedad europea concede a sus propios valores conduce a la minusvaloración de cuantos comportamientos se separan de esas pautas a las que se atribuye la condición de irrefutables. Por ello, todo el que no comparte esa cultura arranca con un “déficit cognitivo”²⁶ que necesariamente lo sitúa en una posición subordinada en el entramado social. Su identidad cultural

y excluyente al que da lugar el enfoque victimista de la inmigración. En la Unión Europea esta realidad es particularmente palpable por el reconocimiento de determinados derechos asociados a la ciudadanía europea que se niegan a nacionales de terceros países, entre los que se incluye el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de la UE. Sobre el carácter excluyente de la ciudadanía europea, PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, Comares, 2004, pp. 79-90.

²² NASH, MARY Y MARRE, DIANA. *Multiculturalismos y género: un estudio interdisciplinar*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2001, pp. 39-43.

²³ BODEI, REMO, “Los sin patria”, cit., p. 163.

²⁴ RESTA, ELIGIO, “La comunidad inconfesable y el derecho fraterno”, en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 229.

²⁵ Una visión que tampoco es ajena al “miedo colectivo” que despierta lo desconocido. Ese miedo que tan bien manejan los grupos xenófobos para profundizar en la exclusión. DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, cit., pp.184-185.

²⁶ DE LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER, “Nuevas estrategias de estigmatización: El Derecho, frente a los inmigrantes”, cit., p.212.

diferenciada juega como un factor de discriminación y marginación social²⁷. Y como todos los inmigrantes han sido previamente homogenizados y convertidos en un grupo social compacto, a todos ellos les alcanza ese efecto de subordinación propio de las culturas inferiores.

En síntesis, la imagen de los inmigrantes se construye sobre la base de una serie de notas negativas –no nacionales, culturalmente atrasados, pobres- que al acumularse dan como resultado un colectivo de individuos plagados de carencias, tocados por la desgracia, a los que en el mejor de los casos corresponde tratar como “víctimas” inocentes de la voraz economía global. Seres marcados por la desesperación y el hambre que en su afán por sobrevivir pierden el control de su propia vida y son manipulados por explotadores de toda clase, desde quienes se lucran con su traslado en condiciones humillantes y peligrosas hasta quienes les esperan en destino para explotarlos laboral o sexualmente.

C. La voluntad de emigrar: una nota esencial de las migraciones de nuestros días

Esa imagen victimizada de los inmigrantes, basada en no pocos prejuicios culturales, ha jugado un papel esencial en la elaboración de la actual política criminal europea relacionada con los flujos migratorios y es igualmente aceptada por un amplio sector de la doctrina penal que cree ver en ella una vía adecuada para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Y lo cierto es que no faltan motivos para dejarse atraer por aquella perspectiva paternalista, ya que muchas de las notas que dan lugar a esa visión estereotipada y simplista de las migraciones actuales tienen un fondo de verdad que fácilmente puede conducir a confusiones indeseadas.

Ante todo, es innegable la motivación eminentemente económica de los movimientos migratorios de nuestro tiempo, impulsados por

²⁷ De ahí también que las políticas de integración de los inmigrantes pasen cada vez más por la exigencia de asunción de los valores europeos y el abandono de los propios. Como bien dice WAGMAN, la sociedad europea –y la española en particular- no admite que los problemas para la integración de los inmigrantes puedan provenir de su discriminación social. El motivo se hace descansar únicamente “en la naturaleza y en las deficiencias de los extranjeros y de las culturas de las cuales proceden” –WAGMAN, DANIEL, “Criminalidad de la inmigración y mercado laboral”, *Actes del IV Congrés sobre la immigració a Espanya: Ciutadania i Participació*, Universidad de Girona, p. 12.

las escandalosas diferencias en las condiciones de vida de los países hegemónicos en comparación con los periféricos²⁸. Quienes emigran lo hacen de forma abrumadoramente mayoritaria en busca de un futuro más esperanzador para ellos y para los familiares que permanecen en origen.

También es cierto que el férreo cierre de fronteras de los países de destino ha dado lugar a un nuevo y floreciente negocio ilegal: el traslado clandestino de migrantes, una actividad que ya se sitúa como la tercera fuente de beneficios del crimen organizado, sólo por detrás del tráfico de drogas y de armas²⁹. Y no lo es menos que la clandestinidad es un factor favorecedor de abusos por parte de los transportistas, lo que en no pocas ocasiones se concreta en consecuencias negativas para los migrantes -condiciones peligrosas de traslado, precios abusivos, explotación en destino-³⁰.

Pero ninguno de esos datos es suficiente para convertir a los inmigrantes en seres incapaces de voluntad, dominados por la necesidad y carentes de libertad decisoria. “Ser económicamente pobre no te hace pobre espiritualmente”³¹, se ha afirmado con razón. Y ser vulnerable a los abusos tampoco supone automáticamente carecer de libertad de decisión.

Si una nota caracteriza por encima de cualquier otra a las migraciones actuales ella es precisamente la voluntariedad del traslado. La inmensa mayoría de los extranjeros se ponen en manos de las redes ilícitas de

²⁸ Como bien dice TERRADILLOS, “los inmigrantes no se mueven sin dirección, sino en el sentido definido por unos movimientos de capital que generan un desarrollo estructuralmente desigual” – TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en RUIZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN Y RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ (coords.) *Inmigración y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 41.

²⁹ LEAN LIM, LIN, “El sector del sexo: la contribución económica de una industria”, en *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, cit., p.64.

³⁰ Por no mencionar otros efectos indirectos de la legislación restrictiva en materia de inmigración que también acaban por repercutir negativamente sobre la imagen de los inmigrantes en la colectividad de destino, como sucede con el sentimiento de rechazo y animadversión que despiertan entre los trabajadores locales por el efecto distorsionador del mercado que supone la presencia de mano de obra barata y con nulas reivindicaciones socio-laborales. Así GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 40, Madrid, 2001, p. 4.

³¹ AGUSTÍN, LAURA MARÍA. *Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios*, cit., p. 47.

transporte de personas de forma consciente y voluntaria, convencidos de que es la única posibilidad de sortear las estrictas barreras que imponen los Estados de acogida. Aunque cada vez son más quienes consiguen llegar a destino con la ayuda de las llamadas “redes de migrantes”, microestructuras formadas por otras personas que ya han alcanzado el preciado objetivo de cruzar las fronteras y que se organizan para facilitar información y oportunidades de trabajo a los nuevos migrantes, haciéndoles más accesible y segura la entrada irregular³².

De ahí la conveniencia de evitar paralelismos apresurados con el tráfico de esclavos de épocas pasadas. Sin duda el masivo movimiento de personas en condiciones de clandestinidad ha propiciado la reaparición de ciertas formas de dominio y control sobre algunos seres humanos que bien merecen el apelativo de “nueva esclavitud”³³ –como la sujeción por endeudamiento, la apropiación de identidad legal o el sometimiento a condiciones inhumanas de trabajo sin compensación alguna³⁴-. Pero elevar

³² GERONIMI, EDUARDO. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Ginebra, OIT, www.ilo.org/public/english/protection/migrant. Sobre la “inmigración autónoma” véase AZIZE VARGAS, YAMILA, “Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe”, en *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, cit., p. 172.

³³ GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Trata de personas y explotación sexual*, cit., pp. 4-23; construye el paralelismo con la esclavitud de tiempos pasados a partir del dominio fáctico que adquiere el transportista sobre el emigrado en virtud de la situación de necesidad que obliga a éste a emigrar, una circunstancia que, unida al ánimo de lucro y a la finalidad genérica de explotación, vendría a convertir al transportado en objeto de comercio.

³⁴ Supuestos recogidos en la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de Naciones Unidas, 1956. Siguiendo esta línea internacional, algunos Estados que ya contaban con normas penales específicas para la represión de la esclavitud y el tráfico de esclavos han actualizado recientemente la normativa al respecto. Es el caso de Italia, que en el año 2003 reformuló una serie de delitos relacionados con la lesión de la libertad personal para incluir una nueva figura de “trata de personas” que queda muy vinculada a las llamadas “nuevas formas de esclavitud”. Este nuevo delito pone bajo pena a quien induce a otra persona mediante engaño o la constriñe mediante violencia, intimidación, abuso de autoridad, abuso de una situación de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante el pago de un precio u otro beneficio a quienes tengan autoridad sobre la víctima, a entrar, permanecer o salir del territorio del Estado con el fin de someterla a estado de

estas situaciones a la categoría de regla general parece una exageración carente de fundamento. La nota distintiva del tráfico de esclavos era la recluta y traslado forzoso de personas que no querían abandonar su territorio. Hoy son los propios emigrantes quienes buscan a las organizaciones para que les ayuden a pasar clandestinamente las fronteras.

El perfil del inmigrante actual es el de una persona que de forma consciente se pone en manos de organizaciones ilegales -y paga un precio por ello- para sortear los obstáculos impuestos por el cierre de fronteras, con el fin de realizar en el país de destino un actividad generadora de ingresos que le permita mejorar sus condiciones de vida y las de su familia.

Conviene puntualizar, además, que no todas las migraciones son de supervivencia, ocasionadas por la pobreza extrema o el desempleo. También proliferan las llamadas migraciones de búsqueda de oportunidades, es decir, aquéllas en las que los emigrados son personas con cierta calificación laboral que, sin estar en una situación desesperada, deciden emprender el camino en la idea de mejorar su bienestar económico aprovechando la estabilidad y pujanza de las economías más desarrolladas³⁵.

Obviamente hay muchas situaciones que escapan a ese perfil, como las mujeres captadas con engaño por organizaciones dedicadas a la trata sexual para forzarlas a ejercer la prostitución³⁶, o los trabajadores secuestrados por las propias organizaciones de tráfico para forzar a sus familiares a pagar un rescate, o quienes llegan engañados por la promesa de un trabajo bien remunerado y acaban explotados en condiciones inhumanas y recibiendo como contraprestación apenas lo indispensable para subsistir.

Pero esos y otros supuestos de clara explotación no invalidan el perfil que se acaba de esbozar: en su inmensa mayoría, las migraciones actuales se caracterizan por la decisión libre y autónoma del emigrante de emprender el camino.

esclavitud o servidumbre. PICOTTI, LORENZO. *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazione penali fra normativa interna ed internazionale*, en prensa.

³⁵ GERONIMI, EDUARDO. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, cit., p. 5. Con razón explica este autor que los migrantes que buscan mejores oportunidades suelen evaluar mejor los riesgos del traslado al no encontrarse presionados por una necesidad económica extrema.

³⁶ Sobre la particular importancia que ha tenido el "enfoque trafiquista" en el resurgir de la corriente abolicionista en materia de prostitución y sus nefastas consecuencias, MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, "La trata de mujeres para explotación sexual", en SERRA CRISTÓBAL, ROSARIO (coord.), *Prostitución y trata*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 298-299.

D. La victimización del inmigrante como coartada para las políticas de exclusión

A primera vista puede sorprender que un dato tan característico de las migraciones de nuestros días como es la libre decisión de emigrar no ocupe un lugar destacado en los lineamientos básicos de la política criminal europea relacionada con el traslado ilegal de extranjeros, ni tampoco en los instrumentos internacionales.

Por citar sólo algunos ejemplos, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000, pese a apelar de modo explícito a “la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos”, estructura la conducta básica de tráfico de personas a partir de las motivaciones del transportista y no del sentido de la voluntad del emigrado, instando a las partes a poner bajo pena “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente” siempre que tal conducta se realice “intencionadamente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”³⁷. La voluntad del transportado, su mayor o menor libertad de decisión en el caso concreto, no juega papel alguno³⁸. La finalidad lucrativa del transportista es suficiente para justificar la sanción penal. Nada importa que los derechos e intereses del inmigrante no se hayan visto comprometidos en modo alguno por las condiciones del traslado³⁹.

³⁷ Artículos 3.a), 6.1 del mencionado Protocolo.

³⁸ Las situaciones de peligro para la vida o la seguridad y aquellas que impliquen un trato inhumano o degradante se contemplan como agravantes, pero no ocupan un papel sustancial en la definición de la conducta punible.

³⁹ Lo que tiene sentido de cara a tutelar una determinada política de limitación de los flujos migratorios –que es, en realidad, el objetivo perseguido por las normas criminalizadoras del simple transporte ilegal de personas que no incluyen ningún elemento relacionado con las condiciones materiales del traslado-. Está claro que cuando el transporte clandestino se organiza y se convierte en negocio aumenta el riesgo de llegada de inmigrantes irregulares a gran escala, resintiéndose así las políticas estatales de contención de los flujos migratorios. Así, ARROYO ZAPATERO, LUIS ALBERTO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en ARROYO ZAPATERO, LUIS ALBERTO Y BERDUGO GÓMEZ DE LA

Idéntica línea sigue la Unión Europea al considerar digna de sanción penal toda ayuda intencionada a la entrada o tránsito ilegal de un extracomunitario que se realice con ánimo de lucro⁴⁰. Una vez más se prescinde de la situación y voluntad del transportado⁴¹. Y lo mismo sucede con el tipo básico del art. 318 bis del Código penal español, si bien en este caso se pierde por el camino incluso el ánimo de lucro. Cualquier conducta de favorecimiento de la inmigración clandestina se eleva a la categoría de delito, con el argumento –declarado por el legislador– de tutelar mejor los derechos de quienes reciben esa ayuda para entrar ilegalmente en el territorio del Estado⁴².

Es evidente que ese desprecio por la voluntad del inmigrante no es un simple olvido.

Se trata de la consagración del discurso victimista que construye la imagen del inmigrante clandestino como un ser irracional, miserable y digno de compasión. Una víctima en manos de terceros perversos que se lucran con su desgracia. El ya mencionado Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire expresamente reconoce esa condición de víctima a los “traficados” al imponer a los Estados Parte la obligación de socorrerlos y tratarlos de forma humanitaria⁴³, sin olvidar, eso sí, su pronta y ágil repatriación al país de origen⁴⁴.

TORRE, IGNACIO (COORDS.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Vol. II, Universidad de Castilla-La Mancha - Universidad de Salamanca, 2001, pp. 33-34.

⁴⁰ Directiva 2002/90/CE del Consejo y Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, ambas de 28 de noviembre de 2002.

⁴¹ Las condiciones peligrosas o inhumanas del traslado son tenidas en cuenta, una vez más, como elementos agravantes de la conducta, pero no forman parte de su configuración básica como hecho delictivo.

⁴² Aunque la doctrina está de acuerdo en que la ampliación del tipo básico del art. 318 bis CP efectuada por la LO 11/2003 buscaba reforzar una determinada política migratoria, el legislador, lejos de reconocer esa evidencia, insistió en apelar a la necesidad de “combatir el tráfico ilegal de personas que impide *la integración de los extranjeros* en el país de destino” (Exposición de Motivos LO 11/2003, subrayado añadido).

⁴³ De hecho, el Protocolo se ocupa de blindar a los inmigrantes frente a posibles represalias punitivas de los Estados receptores al establecer en su artículo 5 que los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de traslado clandestino.

⁴⁴ Artículo 18 del mencionado Protocolo.

Se impone así el enfoque trafiquista, que reduce el complejo fenómeno de las migraciones económicas a una dicotomía simplista entre buenos –los migrantes- y malos –todo el que interviene para facilitar su traslado clandestino-⁴⁵. Una perspectiva hecha a la medida de los Estados hegemónicos que, tras despojar a los inmigrantes de autonomía y racionalidad, se arrogan la potestad de decidir qué es lo mejor para ellos, de ordenar un desorden del que se les declara víctimas inocentes⁴⁶. E irónicamente construyen sobre esas bases una política excluyente, donde la mejor alternativa pasa siempre por volver al país de origen o sencillamente desistir de emprender el camino. Todo ello en nombre de la protección y tutela de los derechos de quienes tienen como objetivo primordial precisamente llegar –al precio que sea- a esos países que les cierran las puertas.

La victimización de los inmigrantes se convierte de este modo en una estrategia bien pensada por los Estados poderosos para consolidar una política de exclusión fuertemente apuntalada por el Derecho penal sin perder su imagen de abanderados de los derechos humanos. Una estrategia que asegura sus frutos gracias a la colaboración de los Estados de origen de muchos inmigrantes que, bajo la amenaza latente de sufrir perjuicios en las relaciones de intercambio económico o confiando en la promesa de recibir ayudas para el desarrollo, se muestran dispuestos a hacer el trabajo sucio que los principios humanitarios impiden realizar a los países de acogida⁴⁷. De sobra son conocidas las presiones de muchos gobiernos europeos –incluido el español- para que los Estados de origen actúen con dureza contra quienes pretenden emigrar, sin descartar el uso eventual de instrumentos represivos. De hecho, nadie parece haber reaccionado frente a la decisión del Ministerio de Justicia senegalés que hace algún tiempo ordenó a sus fiscales endurecer las penas contra los emigrantes por la vía

⁴⁵ AZIZE VARGAS, YAMILA, “Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe”, cit., p. 168 y ss.; MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, “La trata de mujeres para explotación sexual”, cit., p. 299.

⁴⁶ AZIZE VARGAS, YAMILA, “Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe”, cit., p. 176.

⁴⁷ Esta forma de proceder es particularmente clara en la política europea de los últimos años, que de modo explícito subordina la cooperación con países no comunitarios a su colaboración en el control de los flujos migratorios y a su disposición para readmitir a sus nacionales emigrados. Al respecto, MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La inmigración como delito*, cit., pp. 17 y 107-111.

de considerarlos autores y no víctimas del delito de tráfico de personas⁴⁸; ni tampoco contra la perspectiva anunciada por ese mismo gobierno de encarcelar a los emigrantes repatriados por un período de hasta dos años para evitar que intenten embarcar nuevamente en un cayuco⁴⁹.

Víctimas en Europa, delincuentes en casa. Tal vez éste sea el titular que mejor sintetice las dos caras de la estrategia político-criminal europea en materia de movimientos migratorios. Por un lado, la cara humanitaria, defensora de los derechos humanos, que explota la fragilidad del inmigrante para presentar una imagen demoníaca de las organizaciones que facilitan su entrada clandestina en territorio comunitario y, por otro, la cara desafiante, propia de su posición hegemónica, que consiente y hasta alienta las medidas represivas hacia esas mismas “víctimas” en sus países de origen.

Ciertamente, no todos los que acuden al enfoque trafiquista lo hacen con la finalidad oculta de encubrir una política migratoria excluyente. Al contrario, en el ámbito de la doctrina penal priman las voces que apelan a la condición de víctima de los inmigrantes para solidarizarse con ellos y reclamar desde ahí el reconocimiento de sus derechos⁵⁰, en particular, el respeto de su dignidad como seres humanos. Pero, para conseguirlo, se ven obligados a asumir la imagen estereotipada de los inmigrantes como seres naturalmente vulnerables⁵¹, dominados por la necesidad y la desesperación e

⁴⁸ Diario El País, 12 de septiembre de 2006.

⁴⁹ Diario El País, 11 de septiembre de 2006. También forman parte de esta política prepotente propia de los poderosos los intentos de algunos Estados europeos de establecer campos de retención de inmigrantes en los países del norte de África, e incluso de construir prisiones en los países de origen para el internamiento de inmigrantes detenidos en territorio comunitario, como indica PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas”, en PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN Y ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (coords.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 13.

⁵⁰ Sobre los efectos contraproducentes de la lectura victimista de quienes se solidarizan con los migrantes, AGUSTÍN, LAURA MARÍA. *Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios*, cit., p. 43.

⁵¹ En una reciente y bienintencionada sentencia, el Tribunal Supremo llega a hablar de una “situación de necesidad *intrínseca* en la que se hallan las personas nacionales de los países desarrollados”, como si el mero hecho de ser nacional de un Estado no hegemónico dotara ya a sus habitantes de la impronta de desvalidos. STS Nº 479/2006, de 28 de abril (RJ 2006/2335),

incapaces de tomar decisiones racionales. Una caracterización que conduce a considerar irrelevante su consentimiento y a calificar automáticamente como explotadores a cuantos les ayudan a sortear las barreras legales de las fronteras europeas a cambio de un precio, aunque no se trate de sumas exageradamente altas ni el traslado se efectúe en condiciones humillantes o peligrosas. Y, lo que es más importante, aunque esa colaboración constituya la vía adecuada para que el extranjero pueda alcanzar su objetivo de asentarse en el territorio de un país económicamente desarrollado.

No otra es la idea que sirve de base al legislador español –amparado en la política criminal europea– para prescindir por completo de la voluntad del transportado a la hora de circunscribir el ámbito básico de prohibición del artículo 318 bis del Código penal⁵², con la consecuencia –sin duda buscada– de criminalizar todo el entorno del inmigrante para dificultarle al máximo su ingreso en suelo comunitario. Y todo ello con el beneplácito de buena parte de la academia y de la jurisprudencia que interpretan la amplia y drástica penalización del tráfico de personas como un intento loable del Estado por evitar a los potenciales emigrantes futuras situaciones de discriminación, marginación y desarraigo⁵³. Una vez más, un ejercicio de etnocentrismo

subrayado añadido.

⁵² Ciertamente se ha criticado la no inclusión del ánimo de lucro como elemento básico del comportamiento prohibido, pero apenas se han oído voces a favor de prestar atención a la decisión libre de emigrar de la persona transportada. Han defendido este punto de vista, MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, en RDPP, Nº 11, 2004, p. 40 y ss.; CANCIO MELIÁ, MANUEL Y MARAVER GÓMEZ, MARIO, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, cit., pp. 372-373.

⁵³ Un importante sector de la doctrina española ha intentado justificar la punición del transporte clandestino –también cuando es plena y libremente consentido– apelando a los derechos de los propios migrantes, a quienes se evitaría así la llegada a territorio comunitario en condiciones que hacen particularmente difícil el acceso a los derechos y libertades públicas, dificultando su integración social. En esta línea, por ejemplo, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, cit., p.332; RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., p. 58; NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista Penal*, Nº 10, 2002, p. 49. Esa misma línea también ha tenido eco en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS Nº 1465/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005/10051) sostiene que la finalidad del art. 318 bis es “ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas”. Lo

que, desde la seguridad que concede la hegemonía de los valores propios, nos permite erigirnos en árbitros de los deseos y esperanzas de personas de otros ámbitos geográficos y culturales aunque ello suponga condenarlos a permanecer en sus países de origen o a someterse a las condiciones, siempre difíciles, de las organizaciones de transporte clandestino.

La amplitud con que el Código penal español define el delito de tráfico de personas, criminalizando todo acto de favorecimiento de la inmigración clandestina –esto es, cualquier ayuda intencionada a un no nacional para entrar en territorio español vulnerando la legislación de extranjería⁵⁴- no deja más que dos opciones al intérprete: bien se renuncia a tratar a los inmigrantes como seres racionales para convertirlos en menores de edad dominados por la desesperación -en cuyo caso se abre la posibilidad de justificar el precepto como instrumento de tutela de aquellas personas desvalidas- o sencillamente se opta por una crítica abierta, destinada a desenmascarar los fines mezquinos que se ocultan detrás de la pretendida tutela de los derechos de los ciudadanos extranjeros⁵⁵.

En mi opinión, como ya adelanté, sólo el último camino es transitable⁵⁶. La primera alternativa, por muy bienintencionados que sean sus defensores, se funda en una perspectiva etnocéntrica y discriminadora que pretende proteger a los ciudadanos de otras latitudes a costa de privarlos de su reconocimiento como iguales, como seres racionales, autónomos, capaces

que nadie explica es cómo se consigue ese fin integrador de la mano de una legislación que criminaliza todo el entorno del emigrado y le obliga a caer en la clandestinidad.

⁵⁴ Afortunadamente, se va abriendo paso una línea jurisprudencial restrictiva que, apelando al carácter pluriofensivo del art. 318 bis, deja fuera del tipo las colaboraciones aisladas y de carácter puramente altruista. En concreto, el Tribunal Supremo acude a la falta de antijuridicidad material de tales conductas por no estar afectados los bienes jurídicos protegidos. Una entrada clandestina aislada -dice el TS- no tiene aptitud para poner en peligro la política migratoria del Estado y, además, si no hay ánimo de lucro en el transportista, tampoco se ve lesionada la dignidad del inmigrante, al que no se trata como un mero objeto de comercio. Pionera en esta línea, STS Nº 479/2006, de 28 de abril (RJ 2006/2335); también así Nº 545/2006, de 23 de mayo (RJ 2006/2267).

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, MANUEL Y MARAVER GÓMEZ, MARIO, "El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal", cit., p. 376.

⁵⁶ Ya apunté esta línea en LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión", cit.

de tomar decisiones incluso en circunstancias desfavorables. Una perspectiva que, además, ni siquiera consigue el objetivo deseado, porque la severa criminalización de cuantos comportamientos se asocian al movimiento clandestino de inmigrantes, lejos de mejorar sus condiciones de seguridad, acaba por incrementar su indefensión a la hora de emprender un camino al que ninguna legislación represiva les hará renunciar.

E. Un cambio necesario: propuesta de reestructuración del delito de tráfico de personas

Nada de lo dicho hasta aquí supone desconocer que la clandestinidad, por su propia naturaleza ajena al control y al reconocimiento de derechos, siempre trae consigo el riesgo de abusos. Mucho más si se trata de una actividad directamente relacionada con seres humanos, como sucede con el transporte de inmigrantes. Cuando las personas de otras latitudes, obligadas por políticas de extranjería excluyentes y represivas, recurren de forma masiva a organizaciones ilegales para eludir los controles fronterizos, resulta inevitable que proliferen las mafias que extorsionan, engañan y abusan de la necesidad ajena.

Pero ni todos los inmigrantes son víctimas ni todo los que colaboran con ellos en la entrada ilegal son explotadores. Para que se produzca esta situación es necesario que las condiciones en las que se realiza el traslado afecten a la libertad, la dignidad u otros derechos básicos de la persona transportada⁵⁷. En sí mismo, el hecho de traspasar las fronteras de un Estado contraviniendo la legislación de extranjería, aunque se pague un precio por ello, no constituye todavía ningún perjuicio para el inmigrante. La clandestinidad afecta a los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios pero no a quien consigue su objetivo de eludir las barreras legales que le impiden entrar en el territorio de un Estado.

Por eso, si el Derecho penal realmente ha de reservarse para proteger a los inmigrantes frente a los abusos que los degradan como personas⁵⁸,

⁵⁷ ASÍ, MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, "¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2?: las sinrazones de una reforma", en *RDPP*, Nº 11, 2004, p. 40 y ss.; CANCIO MELIÁ, MANUEL Y MARAVER GÓMEZ, MARIO, "El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal", cit., p. 356.

⁵⁸ Naturalmente, parto aquí de la falta de razones suficientes para acudir al

es imprescindible que se busque una configuración del delito de tráfico de seres humanos que permita dejar fuera del tipo aquellas situaciones en las que el transporte se realiza en condiciones aceptables y con el pleno y libre consentimiento de la persona trasladada. Para ello es preciso cambiar urgentemente de punto de mira y atender a las condiciones materiales del traslado antes que a su contrariedad formal con el ordenamiento jurídico.

Y para conseguirlo no hace falta inventar nada nuevo. Basta con volver la vista a los convenios internacionales que desde hace tiempo distinguen entre inmigración clandestina –entrada ilegal de personas que afecta a los intereses del Estado receptor⁵⁹- y tráfico (o trata, en la terminología más habitual en lengua castellana)⁶⁰, entendido como “la captación, el

Derecho penal con el fin exclusivo de proteger una determinada política migratoria. De hecho, la ilegitimidad del recurso a la pena para reforzar el ordenamiento administrativo en materia de extranjería es hoy ampliamente reconocida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia más reciente –SSTS Nº 479/2006 de 28 de abril (RJ 2006/2335); 545/2006 de 23 de mayo (RJ 2006/2267)-. Pero, lo que es más importante, el propio legislador parece convencido de esta premisa cuando se esfuerza por presentar al delito de tráfico de personas como una figura protectora de “los derechos de los ciudadanos extranjeros” (rúbrica del Título XV BIS del Código penal español). Ofrece un acertado análisis crítico del art. 318 bis desde el punto de vista de los principios limitadores del *ius puniendi* MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La inmigración como delito*, cit., pp.159-175.

⁵⁹ Como ya se vio, el ya mencionado Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, se refiere en este contexto a “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

⁶⁰ Son innumerables las propuestas que se han hecho en la doctrina hispanohablante para denominar esos dos fenómenos que recogen los convenios internacionales, sin que exista el más mínimo consenso al respecto. A mi modo de ver, lo más conveniente es apartarse lo menos posible de la terminología inglesa –mucho más precisa y gráfica en este caso-. El término inglés “smuggling of migrants” (contrabando de inmigrantes) describe una situación de ocultamiento e ilegalidad que se adecua perfectamente a la fórmula “inmigración clandestina”, al tiempo que la palabra “trafficking in persons” –tráfico de personas- da idea de la utilización de seres humanos con fines de explotación, de mercantilización –así GERONIMI, EDUARDO. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, cit., p. 6-. Si esos términos se adaptan correctamente al contenido de las diversas situaciones que se quiere describir, no veo motivos para aferrarse a las confusas versiones castellanas de los protocolos de Palermo, en particular la versión que traduce

transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad”, entre otras circunstancias análogas⁶¹. Sólo cuando en la operación de traslado clandestino se da alguna de estas situaciones podrá afirmarse con rotundidad que están afectadas la libertad y dignidad de los inmigrantes. Por eso es ahí donde debería centrarse la regulación penal del tráfico de seres humanos...o al menos así debería ser si se quiere hacer realidad la voluntad declarada de reservar el Derecho penal para tutelar “los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

De ahí la necesidad de una drástica reformulación del art. 318 bis del Código penal español en la línea de elevar a la categoría de elementos básicos del delito muchos de los supuestos que hasta ahora tienen el carácter de simples agravantes⁶². En particular, deberían formar parte del tipo básico aquellas circunstancias que ponen de manifiesto la involuntariedad del traslado o su realización en condiciones abusivas que denigran o hacen peligrar la integridad del inmigrante, esto es, el empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad; el traslado de menores de edad o incapaces⁶³; y el transporte en condiciones peligrosas para la vida, salud o integridad de las personas.

No me parece conveniente, en cambio, incluir como elemento definidor del tráfico una cláusula genérica relativa al “abuso de una situación de vulnerabilidad” o de “especial vulnerabilidad” -como dice el artículo 318 bis 3 del Código penal español-. Y ello porque esta fórmula difusa, unida a la visión victimizada del inmigrante que hoy prevalece en el imaginario

smuggling como “tráfico”, incrementando la confusión en un panorama ya bastante cargado de ambigüedad.

⁶¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. El Protocolo se firmó en Palermo el 13 de diciembre de 2000.

⁶² También así RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., p.121, si bien esta autora opta por una reformulación típica distinta a la propuesta aquí.

⁶³ Los importantes efectos que la emigración tiene para la vida de una persona -sobre todo si se realiza a través de algún cauce ilegal- justifica que en este contexto se parta de la irrelevancia del consentimiento de los menores de dieciocho años.

colectivo de los países hegemónicos, fácilmente puede desembocar en interpretaciones muy laxas que identifiquen cualquier desequilibrio económico, social o cultural entre el inmigrante y el transportista con una situación de vulnerabilidad, lo que se traduciría una vez más en el desconocimiento de la capacidad de decisión y raciocinio de quienes emigran por razones económicas⁶⁴. En realidad, la progresiva ampliación de los vicios del consentimiento en la construcción de las diversas figuras de tráfico de personas⁶⁵ –claramente detectable en los instrumentos internacionales y europeos⁶⁶– constituye una forma algo más sutil de cerrar el paso al reconocimiento de una auténtica inmigración voluntaria o, al menos, le deja un espacio puramente residual que vuelve a poner en primer plano esa falsa imagen del inmigrante como ser desvalido y desesperado, incapaz de tomar la decisión libre de cambiar su lugar de residencia.

Tampoco el ánimo de lucro de quien facilita el paso ilegal de las fronteras parece suficiente para afectar la libertad y dignidad del inmigrante⁶⁷. El hecho de que se cobre por el transporte –incluso si las cantidades son elevadas en consonancia con los riesgos que entraña la ilegalidad⁶⁸– no

⁶⁴ Al respecto, MESTRE, RUTH, “Las caras de la prostitución en el Estado español: entre la Ley de Extranjería y el Código Penal”, cit., pp. 253-255.

⁶⁵ En esta línea, por ejemplo, GARCÍA ARÁN incorpora como uno de los aspectos básicos de la definición del tráfico de personas el abuso “de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica” de las personas transportadas –en GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Trata de personas y explotación sexual*, cit., p. 22-.

⁶⁶ Sobre la evolución del derecho internacional y europeo en este ámbito, véase, REBOLLO VARGAS, RAFAEL ; CUGAT MAURI, MIRIAM Y RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, en *Trata de personas y explotación sexual*, cit., pp. 33-108.

⁶⁷ Parecen dar por suficiente el ánimo de lucro para justificar la intervención penal, RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., p.121; PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, cit., pp. 265 y 295. Partiendo de la legitimidad de proteger por vía penal una determinada política migratoria, se refiere también al ánimo de lucro como elemento consustancial a la figura básica de tráfico –aunque en conjunción con la pertenencia a una organización-, ZAPATERO, LUIS ALBERTO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, cit., pp. 33-34.

⁶⁸ Una circunstancia que tampoco es regla inapelable. Recientemente se ha conocido, por ejemplo, la fórmula del llamado “bono-patera”, que garantiza tres viajes de cruce del Estrecho por 1.000 euros para cubrir el riesgo de repatriación o fracaso del primer intento. Diario QUÉ! Málaga, 10 de noviembre

supone todavía un tratamiento degradante para el que paga⁶⁹. Este resultado sólo se dará si la contraprestación económica se convierte en un mecanismo de dominación y control de la persona, como sucede cuando se abusa de una clara situación de necesidad constatable en el caso concreto o se imponen deudas indefinidas tomando como garantía al propio inmigrante.

Algo similar sucede con los casos de explotación laboral o sexual de las personas una vez llegadas a destino. A mi modo de ver, ese resultado final no es suficiente para teñir de ilicitud penal cualquier conducta relacionada con el traslado de quien luego resulta explotado en destino. Sólo cuando hay una conexión interna entre el transporte y la explotación –sea porque se ha ocultado la finalidad de explotación engañando a la víctima o coaccionándola para inducir a emigrar– habrá un auténtico caso de tráfico, como sucede con la recluta fraudulenta o coactiva de mujeres para ejercer la prostitución⁷⁰. Las situaciones en las que el extranjero emigra voluntariamente, sin coacción o engaño alguno, y es a su llegada cuando se ve inmerso en contextos abusivos o de ausencia de libertad –como sucede con muchas prostitutas llegadas voluntariamente a España que han de soportar condiciones laborales abusivas en clubes de alterne– encuentran suficiente amparo en los delitos de explotación laboral o sexual que ya contiene el Código penal español. Así lo ha entendido con razón la jurisprudencia, que desde hace tiempo viene aplicando en estos casos el artículo 312 del Código penal, en cuya virtud resultan punibles “quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”⁷¹. Si, además, la víctima es obligada a realizar conductas sexuales no consentidas,

de 2006.

⁶⁹ Así, con razón, CANCIO MELIÁ, MANUEL Y MARAVER GÓMEZ, MARIO, “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal”, cit., p. 373; MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La inmigración como delito*, cit., pp.138-139.

⁷⁰ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA. *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*, Diario La Ley, Año XXVII, Nº 6430, 2006.

⁷¹ Sobre el reconocimiento jurisprudencial de la relación laboral en el contexto de la prostitución y sus consecuencias en orden a la aplicación del art. 312 CP, MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, “La trata de mujeres para explotación sexual”, cit., pp. 303-304.

entrará en aplicación igualmente el delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código penal.

En síntesis, si el objetivo del ordenamiento penal es tutelar los derechos de los inmigrantes, y si a éstos no se les priva desde el principio de su condición de personas racionales y capaces de voluntad, el delito de tráfico de seres humanos debería centrarse en las situaciones de traslado marcadas por la falta de libertad o por la degradación de las personas transportadas. La multitud de casos de colaboración con inmigrantes que acuden libremente a las organizaciones clandestinas sin verse sometidos a condiciones humillantes o a peligros no consentidos deberían permanecer en el ámbito de las infracciones administrativas, tal como de hecho prevé la Ley de Extranjería⁷².

⁷² El artículo 54 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social contempla como infracción muy grave el "inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito".